

LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD DE BIENES EN LA UNION CONCUBINARIA

AGUSTINA PÉREZ COMENALE

1 - COMPRENSIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNIONES CONCUBINARIAS

Diariamente, nos encontramos con diversas situaciones en las cuales se produce un defasaje entre la realidad social y el derecho. En estos casos el legislador debe adaptar ese derecho a la realidad social actual, dado que si no lo hace puede generar situaciones de incertidumbre y que determinadas cuestiones se resuelvan por órganos judiciales con criterios disímiles que acarrearán inseguridad jurídica.

El concubinato lejos se encuentra de ser una institución moderna, sino que sus orígenes se remontan a la antigüedad; no obstante, su legislación es reciente. Se trata de una regulación jurídica breve pero necesaria, ya que esta figura se presenta con frecuencia en la sociedad, sobre todo en la actualidad, por lo cual la misma no podía permanecer ignorada o ser identificada como un vacío jurídico. Más aún, cuando estos modelos de convivencia son reconocidos y aceptados socialmente como una alternativa al matrimonio.

Diversos autores consideran que no se les debe dar demasiada trascendencia a la figura, ya que simplemente son una “prueba” de convivencia que realiza la pareja antes de contraer matrimonio, a pesar que la realidad ha demostrado que muchas parejas prefieren no concretar nunca ese compromiso, o no encuentran el valor que implica el “contraer matrimonio”, y por lo tanto terminan optando por mantener una unión concubinaria definitiva. Existen otros casos en los cuales efectivamente se puede tratar de una instancia anterior a un futuro matrimonio; sin embargo, aun en este caso no se justifica la falta de legislación en la materia.

Aparece como ostensible que aquellas parejas que luego de convivir muchos años deciden separarse, debían contar con un régimen legal en el cual ampararse, y no simples interpretaciones o supuestos de hecho que carecían de todo fundamento jurídico. La realidad social y el aumento de uniones concubinarias hizo que esta situación de falta de regulación fuera insostenible.

En virtud de lo expuesto, es claro el por qué denominé a esta sección “comprensión” de la unión concubinaria y no “introducción”, puesto que la idea fundamental es lograr transmitirle al lector la importancia de comprender e interpretar de la mejor manera posible este modelo de convivencia.

Por otra parte, no debemos olvidar que este concepto de “unión concubinaria” forma parte del más amplio e importante tema de la familia, y que según el Art. 40 de la Constitución “la familia es la base de la sociedad”. En el presente debemos tener en cuenta que además del vínculo matrimonial existen otros vínculos que también integran el concepto de familia, uno de ellos es la unión concubinaria. Es importante no solo poder ver a la unión concubinaria como un vínculo alternativo al matrimonio, sino que es más importante, ver que es necesario una protección del aspecto patrimonial de aquellos concubinos que rompen su vínculo.

La ley 18.246 tiene por finalidad regular integralmente la figura del concubinato, al menos en cuanto cumplen con los requerimientos legales para ser admitidos por ella. Sin embargo, no logró hacerlo completamente, ya que siguen existiendo lagunas o vacíos normativos: uno de ellos es lo vinculado al ámbito patrimonial, lo cual constituye el objeto principal del presente estudio.

2 – EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La aprobación del proyecto que llevó a la ley 18.246, de 27 de diciembre de 2007, tuvo reiteradas modificaciones, debido a que se trata de un tema que tiene un alcance social muy profundo y polémico, y dio lugar a numerosas discusiones.

Las medidas y soluciones que en definitiva fueron sancionadas son en extremo controvertibles y pueden llevar a diversas interpretaciones.

Según José A. Alem Deaces, los antecedentes de esta ley comienzan con la promulgación de la “Ley de Derechos Civiles de la Mujer”, en la cual se estableció la igualdad civil entre el hombre y la mujer. Posteriormente ocurren una serie de modificaciones en el Código Civil, como las que establecen la igualdad entre los hijos legítimos y los naturales a través de la ley 15.855, o el reconocimiento que se hace en el Código de la

Niñez y de la Adolescencia, de hijos nacidos fuera del matrimonio. En estas normas se pueden identificar claras tendencias a promover la igualdad entre figuras afines, y pueden ser consideradas como aproximaciones a la futura ley 18.246.

Podemos encontrar en el Art.148 del Código Civil, en su primitiva redacción en el ordinal 1º, se hacía una breve mención a dicho instituto, cuando al hacer referencia a una de las causales de la Separación de Cuerpos y el Divorcio, establecía que la misma sólo podría tener lugar: “Por el adulterio de la mujer en todo caso, o por el del marido cuando lo cometa en la casa conyugal o cuando se produzca con escándalo público, o tenga el marido concubina”.

También el Art. 241 (actualmente derogado por el Código de la Niñez y de la Adolescencia) hacía mención al concubinato cuando preveía los presupuestos necesarios para iniciar una acción de investigación de paternidad¹.

Desde el año 2000 el Parlamento venía analizando y discutiendo con regularidad una ley de unión concubinaria, para lo cual se presentaron muchos proyectos, pero ninguno llegaba a ser sancionado, no obstante, estos proyectos actuaron como antecedentes para la nueva ley.

3 - CONCEPTO DE CONCUBINATO Y APLICACIÓN DE LA LEY

José A. Alem Deaces en su obra hace referencia a que todos hablamos de unión concubinaria, pero en definitiva no sabemos dar una definición estricta de la figura.- Por ello, para recrear un concepto claro de concubinato, realiza un agrupamiento de citas de diferentes autores, entre los cuales cita a Marcel Planiol, quien lo define de la siguiente manera: “El concubinato está constituido esencialmente por las relaciones íntimas prolongadas durante un tiempo suficiente para no tener carácter de hecho accidental y aislado, supone el hábito o, al menos, la frecuencia de las relaciones, no implica el hogar”.- Edmon Laskibe y André Dubrejeaud también son citados por su obra “La unión libre delante de la ley y los tribunales”, en la cual lo definen como “ la unión de un hombre y una mujer que tienen relaciones y participan de la vida en común”. Finalmente una de las últimas definiciones es la aportada por Jules Della Torre de Lavagna “entendemos por *concubinage*, una especie de unión libre, en la cual el hombre y la mujer fundan su hogar común *menage ensemble*, viviendo more uxorio, sin ser marido y mujer de acuerdo al Código Civil”. Sin embargo, la ley también ampara a las parejas sin importar su sexo, orientación u opción sexual: “Es la comunidad de vida de vida entre dos personas” como dice el Art. 2 de la ley sin exigir que sea un hombre y una mujer.²

Nuestro legislador define la unión en el Artículo 2 de la ley, como “la situación derivada de la comunidad de vida de dos personas —cualquiera sea su sexo, identidad, orientación y opción sexual— que mantienen una relación afectiva de índole sexual de manera exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas en matrimonio entre sí, y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º, del Art. 91 del Código Civil”.- Mientras que en el Art. 1º establece que para generar los derechos consagrados por la propia ley, es necesaria una convivencia de, al menos cinco años.

Es importante destacar la diferencia conceptual cuando se define al concubinato. Antes las referencias legales estaban dirigidas a las uniones entre un hombre y una mujer, pero hoy la ley también ampara a las parejas sin importar su sexo, orientación u opción sexual. “Es la comunidad de vida entre dos personas” como dice el Art. 2 de la ley, sin exigir que sea una unión heterosexual. Lo dicho constituye un argumento más para confirmar el tipo de relación que caracteriza al concubinato: la falta de diversidad sexual hace que sea una unión más libre que la del matrimonio.

Podemos apreciar que, posiblemente por haber realizado una apresurada redacción, algunos de los términos utilizados por el legislador, son discutibles. Por ejemplo no tiene porque tratarse de una relación de índole sexual, sino que lo importante es el hecho de que sea una relación de convivencia. Por ende, el requerimiento de que sea una unión sexual o no carece de relevancia al momento de determinar si es una unión concubinaria. Lo importante de esto es que se busca excluir a las convivencias en caso de que no sean pareja.³ De todas formas en la practica este no requiere una efectiva prueba de la existencia de relaciones sexuales.⁴

1 José A. Alem Deaces , La unión concubinaria. Análisis de la ley 18.246, editorial B de F Ltda., 2008, ps. 5 a 10

2 José A. Alem Deaces , op. cit., ps. 11-12, quien extrae las definiciones de Arezo Píriz, Enrique, Ley n° 18.246 de 27 de diciembre de 2007 de Unión Concubinaria, AEU, 2008, ps. 361 y 401

3 Walter Howard, “Las uniones homosexuales en el derecho uruguayo”, 18 e Congres International de Droit Compare / 18th International Congress on Comparative Law , Washington D.C 2010. p 31.

4 Walter Howard , op.cit, y Rivero de Arhancet y Ramos , “Unión Concubinaria”, Montevideo, FCU, 2008.

Por otro lado también debe ser una relación continua, que no sea interrumpida voluntariamente en el tiempo, por al menos el plazo legal establecido que es de cinco años. En la ley también se establece una serie de impedimentos para el reconocimiento judicial como unión concubinaria: los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Art. 91 del Código Civil. Estos son los algunos de los impedimentos que existen en el caso del matrimonio: falta de edad requerida por la ley, falta de consentimiento de los contrayentes, y parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad y en línea transversal.

Con esto vemos que no toda relación se rige por esta ley, sino que ella debe cumplir una serie de requisitos exigidos y no debe encontrarse presentes ninguno de los impedimentos mencionados.

Del Art. 1 también se infiere que se seguirán empleando las soluciones utilizadas hasta ahora para aquellas uniones de hecho que no llegaran a cumplir con dichos requisitos.-

4 - DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA UNIÓN CONCUBINARIA

Las uniones de hecho son las que cumplen con los Artículos 1 y 2 de la ley, anteriormente comentados y que pueden obtener un reconocimiento judicial. En algunos casos este es solicitado por ambas partes porque desean establecer ciertos aspectos de su régimen concubinario, y en otras ocasiones no se realiza la inscripción porque aceptan el régimen general establecido.

Una vez obtenido el reconocimiento judicial surgen para ambas partes diferentes consecuencias tanto en el ámbito personal como patrimonial.-

Para obtener el reconocimiento judicial de la unión concubinaria, se debe seguir un proceso voluntario, el cual ésta regulado por los Art. 402 y siguientes del C.G.P. El mismo puede ser promovido por los propios concubinos, ya sea en forma conjunta o separada, o por cualquier interesado una vez que se produzca la apertura legal de la sucesión de uno de los concubinos o de ambos. Este es el proceso voluntario, en caso de que exista oposición, el procedimiento se transforma en contencioso con intervención del Ministerio Público.⁵

En cuanto al objeto de la declaración, hay que atender al Art. 5 de la ley, y consiste, por un lado, en determinar la fecha a partir de la cual comenzó la unión concubinaria; y por otro, determinar qué bienes forman parte de la nueva sociedad de bienes. La fecha en que comenzó la unión concubinaria es importante para establecer la antigüedad de la unión y los efectos que la misma tendrá en virtud de ello. También es útil determinar los bienes que fueron adquiridos a "expensas del esfuerzo o caudal común".

En lo atinente a la sociedad de bienes, la ley no determina si el inventario que se debe realizar es solemne, tal como lo hace posteriormente en el Art. 10 al referirse a la disolución. La ley establece que esta sociedad de bienes que va a crearse, debe regirse por las disposiciones que regulan la sociedad conyugal⁶, salvo que los concubinos optaren de **común acuerdo** por otra forma de **administración de los derechos y obligaciones** que se generen durante la unión. La creación de esta nueva sociedad de bienes, disuelve toda sociedad conyugal o de bienes derivada de un concubinato anterior de acuerdo a lo previsto en el inciso final del Art. 5º.-

4.1- Efecto de la inscripción del reconocimiento judicial de la unión concubinaria

La redacción del Art. 5 es confusa, dado que no precisa en el momento en que comienza a regir la sociedad de bienes. Ello conduce a que se discuta si esta inscripción tiene efecto declarativo o constitutivo, esto es, si declara efectos ya existentes o constituye efectos nuevos. Empero, dado que el Art. 5 dice que "El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes", es palmario a juicio de quien escribe que dicha inscripción a efectos de la sociedad de bienes es constitutiva. Si se tratara de una sentencia declarativa, estaríamos hablando de una retroactividad total, sin embargo, al ser constitutiva surgen derechos nuevos.⁷

Cuando se declara en vía judicial el reconocimiento de la unión concubinaria es una sentencia con doble efecto: a) declarativo desde el punto de vista de la unión concubinaria, se considera que la unión concubinaria comienza no desde el momento de su inscripción sino desde el momento en que se formo la unión ;

⁵ Walter Howard, op.cit, pagina 23.

⁶ Arturo Yglesias, "Consideraciones sobre la ley de unión concubinaria", Anuario de derecho civil Uruguayo, tomo XXXVIII, 2007, p. 831

⁷ Ema Carozzi, "Reformas del derecho sucesorio introducidas por la ley de unión concubinaria", en A.D.C.U., p. 671 / "Aspectos de la unión concubinaria y la sociedad de bienes", Susana Cambiasso y Mercedes Azar, Rev. de la A.E.U., tomo 95, n°1, 2009, ps. 15-35/ Walter Howard, op.cit, pagina 26.

y b) constitutivo desde el punto de vista de la sociedad de bienes. Esta se crea a partir del momento de la inscripción.

Algunos autores como Cambiasso y Azar sostienen que la inscripción es constitutiva, dado que hasta que ella no se realice no surge la sociedad de bienes. Entonces, hasta ese momento no hay bienes concubinarios o comunes. La inscripción es un elemento esencial y en el Art. 13 está prevista la inscripción de la sociedad de bienes. Esta sociedad de bienes está compuesta por los bienes adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común desde el comienzo de la unión concubinaria. Con esto se determina las partes constitutiva de aquella sociedad de bienes. El esfuerzo puede llegar a ser individual, pero el caudal debe ser común. Las autoras entienden que por la redacción de la ley puede entenderse que solo con el caudal común alcanza, lo cual concuerda con el art. 1955 del Código Civil, numeral 2, donde se expresa que en el matrimonio son gananciales “lo obtenido por la industria, profesión, empleo, oficio o cargo de los cónyuges o de cualquiera de ellos”. En caso de que haya bienes obtenidos por ejemplo por cuota parte de cada uno de los concubinos, se indicarán la proporción correspondiente a cada uno. No hay un acto de transmisión sino una simple indicación de las cuotapartes de cada uno que integran la sociedad de bienes luego de la inscripción. Cambiasso y Azar citan a Arezo que cree que el efecto es constitutivo, ya que el reconocimiento inscripto de la unión concubinaria “dará nacimiento a una sociedad de bienes”. También citan a Ema Carozzi: “El artículo 5° asigna eficacia constitutiva al reconocimiento judicial inscripto a los fines del surgimiento de lo que denomina “la sociedad de bienes”⁸. Luego el Art. 6 dispone que se deben comunicar los nombres y domicilio de aquellos que puedan verse perjudicados por dicho reconocimiento. Reitero que es **necesario** para constituir esa “**sociedad de bienes**” un **reconocimiento judicial**.

Por ende, en este tema debemos tener en cuenta que toda relación con las características de la unión concubinaria puede llegar a producir efectos jurídicos luego de un determinado periodo de tiempo. En caso de que los concubinos no quisieran optar por el régimen común o previsto en la ley, podrían llegar a pactar algún régimen diferente. En este caso, la única posibilidad de hacerlo es con la inscripción. En el momento de la declaración de la unión concubinaria, cuando se realiza la inscripción, los concubinos de común acuerdo podrían optar por un régimen patrimonial diferente al régimen general previsto. En caso de que al momento de la inscripción nada se establezca sobre el régimen patrimonial o de la sociedad de bienes, en este caso, rige el previsto por la ley, el régimen general.

Entonces, los concubinos pueden optar entre el régimen general previsto o por un régimen que establezcan de forma conjunta. Para el último caso, es necesaria la inscripción de la unión para poder pactar el nuevo régimen patrimonial o de la sociedad de bienes.

Por todo esto entiendo que la inscripción es una carga del interesado que busca proteger sus derechos. Generalmente no se busca la inscripción de la unión concubinaria porque es de conocimiento que en caso de que no este inscripta, en un futuro surtirá sus efectos. Por ejemplo en el momento de la sucesión. En caso de que se quiera optar por un régimen patrimonial diferente al establecido en la ley, la inscripción de la unión es necesaria. En estos casos se opta por la inscripción de la unión. El registro de la unión no es obligatorio, por eso queda claro de que en caso de que éste se requiera es seguramente porque se quiere establecer un régimen diferente al ya previsto. Cuando se quiere optar por un régimen diferente es que se puede llegar a querer que se de el reconocimiento para poder establecerlo.

Creo que puede llegar a quedar más claro a través de un ejemplo: en el caso de que una pareja conviva por 3 años, no podría surgir una unión concubinaria, pero sin embargo puede haber bienes adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común. En esta hipótesis no serían tomados como bienes comunes sino que se distinguirían como cuota parte de cada uno. En este caso sucede lo mismo, cuando los concubinos deciden inscribir su unión, éstos pueden tener bienes a expensas del esfuerzo o caudal común, pero si piden el reconocimiento y pactan un régimen de administración, es porque claramente no tienen ningún tipo de interés de formar una sociedad de bienes, ni tener bienes en común o lo que serían bienes “gananciales”. En caso de que quisieran tener esos bienes, no realizarían la inscripción, ni pactarían un régimen de administración diferente. Teniendo en cuenta que el plazo de 5 años establecido no es un plazo muy largo que impida el determinar las cuotapartes de cada uno.

Es importante lo señalado por Cambiasso y Azar, en el sentido de que si no se hace la inscripción de la unión, uno de los concubinos que no estuviera divorciado podría tener dos sociedades vigentes. Con la inscripción se pone fin a la sociedad conyugal y se constituye la sociedad de bienes. En caso de que no se le diera fin a la sociedad de bienes anterior, ésta no se extingue, y podría suceder que en la sucesión del con-

8 Ema Carozzi y Susana Cambiasso y Mercedes Azar, op.cit.

cubino el supérstite tenga que dividir bienes con el cónyuge, por más que el fallecido haya dejado de vivir con él desde hace mucho tiempo.⁹

El registro del reconocimiento de la unión concubinaria también es importante porque puede afectar a terceros. Si tomamos a la inscripción de la sociedad de bienes de la unión concubinaria como declarativa, esto significa que no se dio la oportunidad para informar a terceros. Sin embargo en caso de que sea constitutiva, sabemos que antes de que se forme la unión concubinaria no existía ningún tipo de sociedad de bienes o régimen patrimonial, luego se declara existe o la sociedad de bienes prevista por la ley o la pactada por ambos concubinos. Por eso la inscripción no sólo sirve para proteger el interés de los concubinos, sino también el de los terceros, por ejemplo, acreedores. Con la inscripción de la unión concubinaria se puede determinar la administración de bienes.

Dominguez Gil por su lado, entiende que es de naturaleza constitutiva por diferentes razones: el artículo 10 de la ley sostiene que luego de la disolución de la unión concubinaria solo se hace el inventario sobre los bienes adquiridos durante el periodo de vigencia de la unión que resulta desde el reconocimiento inscripto y no desde el momento de la convivencia. Sobre los bienes a esfuerzo o caudal común, sostiene que estos originan un crédito a favor de la sociedad de bienes por el incremento personal de cada uno de los concubinos.¹⁰

Una parte de la doctrina sostiene que la sentencia es declarativa y que los bienes con anterioridad a la constitución de la unión concubinaria adquieren la calidad de bienes concubinarios como Arhancet y Ramos.¹¹ Yglesias sostiene que no solo los bienes obtenidos con el esfuerzo y caudal común anteriores al reconocimiento de la unión son bienes concubinarios, sino también aquellos propios obtenidos después de iniciada la unión. Marca la diferencia en que desde el momento del reconocimiento es que surge el efecto hacia terceros por el artículo 54 de la ley de registros pero surge efectos desde el inicio de la relación.¹² Carozzi por otro lado, sostiene que es de naturaleza declarativa respecto a los bienes obtenidos del caudal o esfuerzo común y constitutiva respecto a la "sociedad de bienes" como esta expresado en el literal B del artículo 5 de la ley.¹³

Como vimos es de gran discusión ver que ocurre con los bienes obtenidos con esfuerzo y caudal común, y que pueden estar a nombre de uno solo de los concubinos y no de ambos. En este caso, si se reconoce la unión concubinaria, este podría formar parte de la sociedad de bienes. En caso de que la unión concubinaria no se forme, el concubino que no figura como propietario del bien podría reclamar lo que le corresponde. Esto podría ser por ejemplo por un enriquecimiento sin causa a efectos de que se le reconozca un crédito por esa adquisición.

5- ANALISIS DEL ART. 5 INCISO 4

5.1- Imposibilidad de un régimen diverso al establecido legalmente.-

El Art. 5 inciso 4 de la ley 18.246 establece que: "El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria".

Según Arezo Píriz una "lectura apresurada del inciso 4º daría la impresión que los concubinos podrían optar, como si se tratara de capitulaciones matrimoniales comunes, por dar otro régimen diverso a la sociedad de bienes generada entre ellos. Sin embargo, (entiende que) no es así".¹⁴

La nueva ley 18.246 se refiere a otra forma de "administración" de los derechos y obligaciones generados durante la vigencia de la unión concubinaria los concubinos no podrían pactar, v.g.: un régimen de separación absoluta de bienes y deudas entre ellos, ya que ello aludiría al régimen o a la composición de una sociedad de bienes y no a su administración que es lo único que la ley permite alterar de común acuerdo entre los unidos concubinariamente".¹⁵

9 Susana Cambiasso y Mercedes Azar, op.cit.

10 Walter Howard, op.cit, pagina 25/Dominguez Gil "Regimen patrimonial de la union concubinaria" A.D.C.U, T XXXIX, sec Doct, Montevideo, 2009, p 680 a 682.

11 Walter Howard, op.cit, pagina 26/ Rivero de Arhancet y Ramos, idem pag 4, paginas 82 y 109.

12 Walter Howard, op.cit, pagina 27/ Yglesias "Consideraciones sobre la ley de union concubinaria", A.D.C.U, T XXXVIII, sec Doct, Montevideo, FCU, 2008, p 832 y 834.

13 Walter Howard, op.cit, pagina 26/ Carozzi "Ley de union concubinaria", Montevideo, FCU, paginas 82, 91 y 92.

14 Arezo Píriz, "Ley n°18.246 de 27 de diciembre de 2007 de Unión Concubinaria", AEU, 2008, Montevideo, p148 -151

15 Arezo Píriz, op.cit.

El término “administración” es interpretado por Arezo en un sentido estricto. El autor señala que en materia de sociedad conyugal cuando el legislador emplea el vocablo, no solo se refiere a los actos de administración, sino también a los de disposición; sin embargo, cree que dicho concepto no es el adecuado para la sociedad de bienes anteriormente mencionada. El sentido amplio de “administración” no sería el aplicable para esta hipótesis. Hace alusión también a la protección de la parte más débil de la pareja y que, en caso de que se previera una separación absoluta de bienes, se atendería contra aquella protección. Finalmente menciona que, en caso de que si se admitiera la separación de patrimonios, habría un concubino perjudicado por “la astucia o malicia del otro (que) no podría ni siquiera intentar las acciones de enriquecimiento injusto contra el otro, desde que admitió la separación absoluta como el régimen de los bienes durante la vigencia de la unión concubinaria¹⁶.”

La postura mencionada contiene a mi entender varios errores. Comienza haciendo referencia a la imposibilidad de algún otro tipo de régimen de administración que no sea el previsto legalmente, ya que sobrepasaría la lo que se entiende por “administración” en sentido estricto. Entiendo que habría que darle a la norma, una interpretación que sea más ajustada al resto del texto legal. En toda la ley se intenta crear una aproximación entre las figuras del matrimonio y la unión concubinaria.

Por otro lado en reiteradas ocasiones la ley remite a los artículos que disciplina el matrimonio en el Código Civil, para regular igualmente el régimen de la unión concubinaria. Se intenta lograr una aproximación entre ambos regímenes. En consecuencia, no encuentro ningún fundamento, por el cual no se pueda aplicar el término “administración” en sentido amplio como es utilizado en el matrimonio.

Generalmente, en el ámbito jurídico cuando nos referimos a la palabra “administración” en un marco como en el que está dispuesto este artículo, la utilización del término “administración” en sentido amplio es la más adecuada y lógica.

Es palmario al respecto que si se les da a los cónyuges la posibilidad de pactar entre ellos capitulaciones matrimoniales, o separación judicial de bienes, también debe reconocerse la misma posibilidad al concubino. Especialmente teniendo en cuenta que en el caso de las parejas del mismo sexo, la única figura por la cual se ven amparados por el momento es la de la unión concubinaria. Por eso creo importante el no olvidarnos de que esta es una unión mas libre que la del matrimonio y la cual no se puede ver mas restringida.

Una persona que asume un compromiso menor que el matrimonio, no tiene porque verse obligado por un régimen patrimonial más exigente e inflexible que el propuesto para el matrimonio. De concluir en ello, implicaría ir contra todo lo que el concubinato representa, que es precisamente lo contrario: una mayor libertad y flexibilidad en cuanto al compromiso. Por todo lo cual, es contradictorio crear un régimen patrimonial más exigente que el que emerge del matrimonio.

Finalmente, frente al último argumento sostenido contra la disposición de otro régimen patrimonial, considero ilógico sustentar como argumento la “astucia o malicia” que puede interponer un concubino sobre otro.

Los riesgos son exactamente los mismos que se tienen en la figura del matrimonio, un cónyuge puede actuar de la misma manera y bajo los mismos fines, para que el otro otorgue un régimen patrimonial que no le es conveniente. Está establecido legalmente que la otra “forma de administración” debe ser pactada por ambos concubinos y no por uno solo, por ello no estaríamos ante una figura de abuso de uno ante otro.

No es posible actuar teniendo en cuenta todas las formas en las que pueden ser violadas las figuras jurídicas, ya que de esa manera no tendríamos ningún tipo de seguridad jurídica y todo tipo de legislación sería en vano. Una interpretación desde la patología no la considero la mas adecuada para interpretar el derecho.

En la sentencia del tribunal de apelaciones en lo civil de 3º turno, de 1990, se establecía que en los casos de la unión concubinaria es posible aplicar el enriquecimiento sin causa en los casos en que uno de los concubinos se dedico por ejemplo a su profesión y el otro de las tareas domesticas de la casa. Con esto vemos que ya antes del dictado de esta ley, hay muchas figuras con las cuales se puede evitar el abuso de un concubino sobre el otro.¹⁷

El ultimo inciso del Art. 5º de la ley 18.246 es claro: “... salvo que los concubinos optaren, de **común acuerdo**, por **otras formas de administración** de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria”, en otras palabras, con el mínimo uso de su autonomía de la voluntad, los concubinos podrían de común acuerdo, optar por otra forma de administración.-

En ocasiones se considera que tampoco seria posible algún tipo de separación absoluta de bienes, ya que no se prevé ningún registro o inscripción de ésta.- Esto en realidad, no es así, ya que en el CAPITULO IV de la ley, el Art. 13 establece que uno de los actos inscribibles son “Las constituciones de sociedades de bienes

16 Arezo Piriz, op.cit.

17 Revista Uruguaya de derecho de Familia, N° 8, pag. 31 a 36, Fundacion de Cultura Universitaria.

derivadas del concubinato". En este caso, en el momento de solicitar la inscripción del reconocimiento, conjuntamente se puede establecer cuál va a ser el régimen patrimonial de bienes, elegido por los concubinos de común acuerdo, para regir las relaciones en cuanto a sus bienes.- Por lo tanto, para que la sociedad de bienes nazca, siempre es necesaria la inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales -Sección Uniones Concubinarias.

5.2- Posibilidad de establecer un régimen diferente. Efectos de la Administración en sentido amplio.

Daniella Cianciarullo comparte la tesis que sostiene que al referirnos en este caso a la administración, el término debe ser tomado en un sentido amplio, y dejar a los concubinos la libertad para optar por un régimen diferente al previsto por la ley, incluso por un régimen de separación absoluta de bienes, tal como pueden hacerlo los cónyuges. Se cuestiona, para el caso en que rige la separación judicial absoluta de bienes, si ésta es irrevocable, tal como son las capitulaciones matrimoniales. La autora concluye que sí, ya que si se toma el criterio de permitirles optar por la separación absoluta de bienes, también debemos tomar el mismo criterio y otorgarles el mismo efecto. Incluso agrega a que, si en el momento de la inscripción nada se manifiesta sobre ningún tipo de convenio o separación, la misma se podría hacer posteriormente durante el transcurso de la relación. Podrían luego, solicitar ante el Juez una separación de bienes, aun cuando los concubinos continúen con su reconocimiento judicial vigente; de modo que, lo único que variará será su régimen de bienes.¹⁸

Por otro lado aclara que en el Art. 13 de la ley se hace una distinción, entre la inscripción del reconocimiento de la unión, por un lado, y la sociedad de bienes por la que se rige, por otro. En virtud de ello constata que se trata de cosas diferentes, y se pueden inscribir por separado. Algunos autores sostienen que este artículo se tomó de proyectos de ley anteriores, pero mas allá de esto es el texto sancionado por el momento y por eso es el que se debe aplicar. Ofrecen algunas posibles interpretaciones del texto legal: " puede subsistir una sin la otra, o por lo menos la primera sin la segunda". Sería posible inscribir un reconocimiento judicial únicamente, sin hacer mención al régimen de bienes, en este caso, a partir de la inscripción registral, nacerá una nueva sociedad de bienes. También dice que "podría entenderse, y así lo hacemos, que es posible solicitar el reconocimiento judicial de la unión concubinaria y no querer que surja la sociedad de bienes, en cuyo caso se puede pedir un régimen de separación de bienes". De esta manera no se constituye una nueva sociedad de bienes, ya que los concubinos han optado por el régimen de separación. Lo dicho sería aplicable para el caso en que dicho régimen fuera elegido por los concubinos al comienzo, conjuntamente con el reconocimiento judicial, pero no en caso de separación de bienes posterior, ya que en dicho caso el reconocimiento ya fue inscripto.¹⁹

Finalmente manifiesta no compartir la postura de Arezo, en cuanto a que el Art. 13 solo puede ser de aplicado para el caso en que uno de los concubinos haga el reconocimiento cuando uno de ellos es fallecido, esta interpretación es respetable, pero no sería el único caso en que sería aplicable²⁰.

En mi opinión, comparto la posición que sostiene que los concubinos tienen **el mismo derecho que los cónyuges a determinar un régimen patrimonial diferente al establecido en la ley**. Considero que sería lógico y razonable establecer la posibilidad de que los concubinos opten por una separación de bienes, a través de la manifestación de la voluntad expresa de **ambos cónyuges ante el Juez**. De esta manera pueden determinar una separación absoluta, por ejemplo, luego de reconocida la unión concubinaria.

El cónyuge puede optar, luego de contraído el matrimonio, si quiere cambiar el régimen patrimonial de bienes, puede optar por diferentes regímenes de administración antes, y luego de contraer matrimonio puede incoar una acción para la separación judicial de bienes. Todos somos concientes de la escasa legislación que existe al respecto del concubinato, no obstante no por ello debemos restringir los derechos de los individuos que optan por un régimen diferente al matrimonial.

Lo que no creo conveniente es que se pueda, por ejemplo, inscribir una sociedad de bienes sin antes o simultáneamente pedir el reconocimiento de la unión, esto sería ilógico, ya que se pediría una sociedad de bienes sin tener ningún tipo de vínculo que la justifique. En el caso de pactar un convenio, como veremos más adelante, éste surte efectos cuando se presenta con el reconocimiento, por más de que sea un pacto otorgado con anterioridad a éste.

18 Daniella Cianciarullo Bertone, "Ley 18.246 de unión concubinaria Su influencia en las sociedades comerciales de carácter personal", XLVIII Jornada Notarial Uruguaya " Prof. Emérita Esc. María Celia Corral, 14 al 16 de Noviembre de 2008, Colonia, Republica Oriental del Uruguay

19 Daniella Cianciarullo Bertone, op.cit.

20 Daniella Cianciarullo Bertone, op.cit.

En el caso que se solicite el reconocimiento y **no se realice ninguna manifestación con respecto al régimen patrimonial**, se aplicará subsidiariamente el régimen **previsto por la ley**. En estos casos no hay un vacío normativo, luego de obtener ese reconocimiento con el cual nace la sociedad de bienes, los concubinos podrán optar por otro régimen patrimonial, tal como lo hacen los cónyuges. Vuelvo a insistir, no tiene sentido que en una unión que pretende ser más libre y con menos compromisos, se aplique un régimen patrimonial más exigente e inflexible que el matrimonial. La idea es justamente que sea más libre que la unión matrimonial, con mayores posibilidades de opción para los integrantes de la pareja. Quien se somete a una unión concubinaria no espera ser sometido a efectos tan tajantes como los del matrimonio.

Finalmente comparto que la interpretación dada por Arezo al Art. 13 es muy limitada, ya que no creo que sea en el único ámbito en el que es aplicable. Si la intención del legislador hubiese sido que fuera solamente aplicable ante esa hipótesis tan restringida, al momento de su redacción, habría sido más explícito al respecto. Siempre en los casos en que se intenta limitar derechos, se acude a una manifestación expresa de los límites.

Por otro lado, Susana Cambiasso y Mercedes Azar comparten la idea de que en el Art. 5 se hace alusión a que se puede pactar un “régimen de separación, un sistema mixto u otro estatuto que rija el ámbito patrimonial”.

La ley no puede impedir por ejemplo que los concubinos puedan pactar una separación de bienes, ya que las normas sobre la sociedad concubinaria no podrían ser tan distintas a las de la matrimonial. En este caso **son supletorias “de la voluntad de los cónyuges”** y también deberían serlo de los **concubinos**. Aclaran que lo que no sería posible es pactar que la administración ordinaria sea otra diferente de la de la sociedad conyugal, ya que ello está expresamente previsto en la ley en el Art. 1974 del Código Civil²¹. No obstante, este trabajo refiere, no al cambio de la administración ordinaria pactada por la ley, sino al poder elegir otro tipo de régimen patrimonial, no modificar el contenido del propuesto por la ley y el Código Civil.

Cambiasso y Azar entienden que cuando alude a **otras “formas de administración”** podría comprender incluso un régimen de separación de bienes. En caso de que no se pactara ningún tipo de capitulación matrimonial, podrían modificar alguna parte de la administración ordinaria prevista en la ley, de ciertos bienes, por ejemplo que un bien lo administre unos de los concubinos (concepto restringido de Arezo), siempre y cuando no se haya pactado ningún tipo de capitulación matrimonial.²²

También mencionan que el matrimonio **no tiene un régimen de inmutabilidad**, por lo cual los concubinos tampoco deberían tenerlo.- En caso de que resolvieran volver al régimen legal, éstos deben ser libres de poder hacerlo. Entienden que no tendría sentido el pactar capitulaciones matrimoniales, ya que en el momento del reconocimiento de la unión pueden pactar el régimen de bienes que deseen.²³

Cuando el Código Civil utiliza la palabra **“administración”** y refiere a la disponibilidad y administración de los bienes de los cónyuges, lo hace en un sentido amplio. En el caso de la ley 16.871 en el Art. 27 y el Art 2056 y la Sección III del Código Civil hablan también de “administración” en el mismo sentido. Por ello no sería lógico, que si la interpretación generalmente utilizada de esa palabra es en sentido amplio, se le dé para este caso un sentido estricto.

Tomando las excepciones del Art. 1971 del Código Civil, cuando se habla de “administración ordinaria de la sociedad conyugal” no puede ser otra que la administración y disposición de esta. Por ende, no tendría sentido que en el caso del concubinato la interpretación de la palabra “administración” sea diferente.

Lo más difícil de delimitar son aquellas ventajas patrimoniales. Citan a Vaz Ferreira que dice que por ejemplo en las capitulaciones matrimoniales sería posible pactar cláusulas de partición desigual. No se prevé un régimen de capitulaciones matrimoniales pero si se podrían pactar convenios sobre la administración²⁴.

Comparto la idea de quienes sostienen que en el Art. 5 en ningún momento se da la posibilidad, de que se pueda modificar la administración común de los bienes prevista legalmente. El régimen patrimonial previsto en la ley debe respetarse, pero esto no significa que no se pueda optar por una diferente.

No pueden darse las dos hipótesis de administración en sentido amplio y en sentido estricto, porque sino en este caso hablaría de una administración en sentido amplio y estricto al mismo tiempo. Yo creo que la interpretación adecuada es en sentido amplio, y que en ningún momento podemos interpretarlo de otra manera.

21 Art. 1974 C.C.: “Toda enajenación o convenio que sobre bienes gananciales haga cualquiera de los cónyuges en contravención de la ley o en fraude del otro, no perjudicará a este ni a sus herederos”.

22 Susana Cambiasso y Mercedes Azar, op.cit

23 Susana Cambiasso y Mercedes Azar, op.cit.

24 Susana Cambiasso y Mercedes Azar, op.cit.

Sin embargo, creo conveniente que se puede establecer algún tipo de régimen patrimonial al momento del reconocimiento, como podría serlo el convenio. En este convenio, sería el lugar indicado para aplicar los diferentes métodos de administración, no previstos en la sociedad conyugal.

Concluyo que se podría cambiar el tipo de administración de ciertos bienes, pero no dentro de la sociedad de bienes que se rige por la sociedad conyugal, sino en algún tipo de convenio o régimen patrimonial diferente. En este caso se obtienen los mismos fines que quisieron expresar las autoras citadas anteriormente, sin contradecir el tipo de interpretación dada a la palabra “administración”.

5.3 Los Convenios y la Separación Judicial de Bienes

Arturo Yglesias por su parte entiende que no se pueden celebrar capitulaciones matrimoniales, pero si se podrían celebrar convenios de administración. Estos contratos deben ser previos al reconocimiento, por lo dispuesto en el Art. 7 de la ley, que regirán las mismas prohibiciones contractuales previstas para los cónyuges. Tampoco se prevé expresamente, según su opinión, el registro de estos convenios, por lo cual una solución sería incluirlos en la publicidad que debe realizarse por la inscripción del reconocimiento judicial.

Haciendo alusión a los Códigos que inspiran al nuestro y mencionando derecho comparado, alude a que los **concubinos pueden acordar un régimen previo al igual que los cónyuges** y que este régimen al igual que los convenios tienen que ser invocados al momento que se solicita el reconocimiento.

Los convenios no tienen ninguna formalidad, como las capitulaciones matrimoniales; de todas formas, sería conveniente documentarlos de forma auténtica. Estos deben tener, en cierto sentido, ciertas limitaciones que tienen cónyuges. Por ejemplo no pueden ir contra la prohibición de pactar una comunidad universal del Art. 1880 del Código Civil. Deben establecerse ciertos límites para no poner en peligro la seguridad jurídica.

No se puede pactar una administración conjunta o indistinta a lo establecido en la ley en el caso de que no haya un convenio. Si podría pactarse un régimen de separación o uno de comunidad parcial. Agrega que algo que es diferente al régimen legal y se puede pactar, es la separación de bienes. En este caso perdería importancia la determinación de bienes adquiridos desde la unión, ya que nunca llegaría a existir una sociedad de bienes.²⁵ En la ley de unión concubinaria, en ningún momento se da a entender la imposibilidad de una separación de bienes. Puede ocurrir que no se puedan pactar capitulaciones matrimoniales pero esto no impide por ejemplo un convenio.

En el Art. 13 cuando dice que son registrables: “Las constituciones de sociedades de bienes derivadas del concubinato”, demuestra que en el momento que se pide el reconocimiento, se debe inscribir también que tipo de régimen patrimonial tendrá esa unión. Esto no es simplemente por una formalidad del registro, sino que sería de sumo interés por ejemplo para acreedores de los concubinos, herederos, entre otros. No es pensado solo en el interés de ellos sino que también otorga **una seguridad jurídica para otros interesados**.

Por eso creo conveniente que en el momento que se realiza el reconocimiento, se haga referencia al tipo de régimen patrimonial que regirá esa unión. En caso de que nada se prevea, regirá la sociedad de bienes prevista por la ley; en caso contrario, si se optare por realizar algún convenio, éste se inscribirá, pero no por ser una sociedad de bienes, sino porque que al existir cierto convenio, del cual se puede adjuntar una copia, el mismo no solo afecta a los concubinos, sino también a terceros interesados que de otra manera, pueden no estar informados de la existencia del mismo.

También se puede hacer alusión al convenio, en la publicidad del registro del reconocimiento de la unión. Pero considero que sólo eso no es suficiente. En el caso de la separación de bienes, comparto que ésta no traería ningún inconveniente y que respeta plenamente a la ley.

El Art. 7 se refiere a las **prohibiciones contractuales** luego de reconocida la unión. En este caso no se podría extender a las convenciones previas a la unión, las cuales son informadas al momento de pedir el reconocimiento. Ni tampoco correspondería en el caso de que se pidiera una separación de bienes, ya que no sería una contratación.

Mabel Rivero y Beatriz Ramos, citan a Vaz Ferreira, cuando define las capitulaciones matrimoniales y dicen que consisten en “**La convención** por la cual los futuros cónyuges determinan su régimen patrimonial”.²⁶

Están de acuerdo que en el caso de los concubinos, se podría realizar una convención. Ya que en el ámbito matrimonial rige libertad en cuanto a las convenciones que se pueden realizar (Art. 1938 del Código Civil), mientras éstas no se opongan a las buenas costumbres. En la práctica generalmente optan por un régimen de separación de bienes.

²⁵ Arturo Yglesias, “Consideraciones sobre la ley de unión concubinaria”, A.D.C.U., tomo XXXVIII, 2007, ps. 834-836.

²⁶ Mabel Rivero y Beatriz Ramos, Unión concubinaria. Análisis de la ley 18.246, F.C.U., 2008, ps. 127-134

El régimen patrimonial de bienes previsto por la ley rige en forma supletoria, en caso de que nada se haya establecido. Ante la poca especificación o información legal sobre el régimen común o supletorio, ellas suponen que los convenios serán los más frecuentes por un tema de seguridad jurídica. Al no tener establecidos los límites de estas convenciones, podemos tomar los previstos en las capitulaciones matrimoniales. En algunas hipótesis estos límites no son aplicables, por ejemplo en el Art. 188 del Código Civil que establece la prohibición de la renuncia o reserva del divorcio. Tampoco serán permitidas las situaciones en que un concubino queda con todos los bienes, o por ejemplo que renuncia a la posible disolución de la unión concubinaria.²⁷

Al no establecer solemnidad alguna respecto a la forma en la que deben ser otorgadas, podría ser tanto en documento público como privado. Se podría hasta pedir la agregación al expediente judicial donde se estableció el reconocimiento. El momento de presentación debe ser antes o durante el proceso de reconocimiento²⁸.

Los convenios son posibles tanto en las uniones concubinarias, como en el matrimonio, siempre y cuando no sean abusivos o atenten contra los derechos del otro concubino, lo cual es lógico y se prevé prácticamente en todas las figuras jurídicas.

Enma Carozzi comparte la posición que permite que los concubinos hagan una separación de bienes. Se cuestiona si es posible optar luego del reconocimiento, una vez que la sentencia ya está inscripta, por un régimen de separación judicial de bienes.

En el régimen matrimonial, la separación de bienes es un derecho potestativo y la facultad de poder demandarlo es irrenunciable. Debe ser presentado ante el Juez e informado a los interesados²⁹.

Entiendo conveniente que si luego del reconocimiento de la unión concubinaria, los concubinos deciden no optar más por el régimen patrimonial establecido legalmente, sino por ejemplo una separación absoluta de bienes, éstos tienen el derecho de hacerlo. Sin embargo, siempre podría darse si es presentada ante el Juez y no tiene ningún carácter abusivo ni contrario al derecho. No comprendería los casos en que, por ejemplo, uno solo de los concubinos se quedara con todos los bienes o con bienes del otro.

Se busca evitar el uso de esta figura como una forma de evadir a los acreedores. Por eso deben ser informados todos los interesados y debe ser publicado ya que éstos deben tener el conocimiento para poder presentarse y alegar el perjuicio que les causa o la maniobra utilizada para evitar pagos de deudas. Por eso entiendo que el tema del registro y la publicidad del régimen patrimonial aplicable, siempre es imprescindible, ya que esta puede afectar seriamente a terceros de buena fe.

Por su lado, Hector Medero Pinto establece que en caso de que se optare por alguna solución convencional, ésta debería ser incluida en el oficio judicial para inscribirse en el registro, ya que no está prevista expresamente en ley su registración. Luego expresa que tendría que ser posible una separación de bienes, ya que se menciona como referente a la sociedad conyugal y en ésta está prevista³⁰.

6- A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LIBERTAD DE OPCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL APLICABLE

Como mencioné anteriormente, es imprescindible tener en cuenta que la unión concubinaria es una unión dotada de mayor libertad que la del matrimonio. Por dicha razón sería ilógico que se rija por un derecho más exigente e inflexible que la figura del matrimonio. Sin dejar de lado que es claro que el reconocimiento judicial tiene como principal efecto crear la sociedad de bienes entre los concubinos.

En el Art. 5 se entiende claramente que los concubinos pueden optar por otro régimen patrimonial, que no sea el previsto en la ley, el cual actúa de forma supletoria. Asimismo, Existe una tendencia universal a aumentar la libertad de los cónyuges ante los convenios que se pueden pactar, sin descartar el caso de los concubinos³¹.

Se pueden pactar convenios, ya que éstos también están previstos para el caso del matrimonio. En éstos se pueden pactar un régimen diferente al previsto en la ley, o por ejemplo se pueden establecer disposiciones con respecto a la administración de los bienes.

Por eso en el momento de interpretar el Art. 5 la palabra "administración" debe ser tomada en sentido amplio, ya que ésta es además la interpretación generalmente aceptada en estos casos.

27 Mabel Rivero y Beatriz Ramos, op.cit.

28 Mabel Rivero y Beatriz Ramos, op.cit.

29 Enma Carozzi "Ley de unión concubinaria Reforma en el derecho de familia y sucesorio", FCU, 2008 , ps. 78-81

30 Héctor Medero Pinto Técnica Notarial IV. Contratos Civiles, A.E.U., Sexta edición, 2009, ps. 86-87

31 Arturo Yglesias, op. cit., p. 835.

Todo tipo de convenio que se pacte debe ser presentado de común acuerdo por ambos concubinos, y puede ser al momento de que se pide el reconocimiento judicial. El Art. 13 regula la inscripción de este reconocimiento de la unión concubinaria, pero también se prevé el registro de la sociedad de bienes. En caso de que al momento del reconocimiento se hubiera pactado un convenio, éste podría incluirse en la solicitud de declaratoria, ya que no se regiría por la sociedad de bienes común u ordinaria prevista en la ley, sino por las condiciones pactadas en el convenio. Por protección a los derechos de terceros interesados como pueden serlos los acreedores de los concubinos, éstos deben tener medios para saber que tipo de régimen es el establecido.

Por otro lado se plantea la posibilidad de que luego del reconocimiento se pueda pedir la separación de bienes. En el caso del matrimonio, se entiende que es una potestad de los cónyuges y que es un derecho irrenunciable. En el caso de los concubinos debe llegarse a la misma conclusión.

Actualmente se otorgan inscripciones de separación de bienes en caso de los cónyuges, tanto en forma de convenios como de capitulaciones matrimoniales. El registro no impide su inscripción.

En caso de que el reconocimiento sea solicitado y que el convenio o separación de bienes afectara ilegítimamente el interés de un tercero, éste podría presentarse alegando su perjuicio con la prueba suficiente. De esta forma se evitaría el uso de estas figuras para evadir el pago de deudas. Por eso es tan importante la difusión o publicidad del régimen patrimonial que rige al concubinato.